

Affaire C-306/20

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

9 juillet 2020

Jurisdiction de renvoi :

Administratīvā apgabaltiesa (Latvija)

Date de la décision de renvoi :

4 juin 2020

Requérante :

SIA « Visma Enterprise »

Défendeur :

Konkurences padome

[OMISSIS]

**ADMINISTRATĪVĀ APGABALTIESA (Cour administrative régionale,
Lettonie)**

[OMISSIS]

DÉCISION

Riga, le 4 juin 2020

L'Administratīvā apgabaltiesa (Cour administrative régionale, Lettonie)

[OMISSIS] [composition de la juridiction de renvoi]

ayant examiné selon la procédure écrite un recours administratif de SIA « Visma Enterprise » tendant à l'annulation de la décision de la Konkurences padome (conseil de la concurrence, Lettonie) [ci-après l'« autorité de la concurrence »] du 9 décembre 2013 [OMISSIS],

a constaté ce qui suit

I.

Rappel des faits

- 1 Par décision [OMISSIS] de l'autorité de la concurrence du 9 décembre 2013, concernant la constatation d'une infraction et la condamnation à une amende dans une affaire [OMISSIS] portant sur une violation de l'interdiction édictée à l'article 11, paragraphe 1, du Konkurences likums (loi sur la concurrence) en raison des pratiques de SIA « FMS Software », SIA « RGP », SIA « Zemgales IT centrs », SIA « PC Konsultants », SIA « Guno M », SIA « Softserviss », SIA « I. R. Finances », SIA « FMS », SIA « FOX » (ci-après la « décision attaquée »), SIA « FMS Software » et SIA « FMS » ont été condamnées conjointement et solidairement au paiement d'une amende dont le montant s'élève à 64 029,23 euros (45 000 lats lettons).

Pour constater la violation de l'interdiction (entente) édictée à l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence, l'autorité de la concurrence a fait valoir que SIA « FMS Software », qui détient les droits d'auteur des logiciels informatiques de comptabilité Horizon et Horizon Start (ci-après les « logiciels de comptabilité »), [Or. 2] avait conclu avec plusieurs distributeurs (revendeurs) un accord sur la distribution desdits logiciels en prévoyant un avantage dans le cadre du processus de vente [en faveur de certains distributeurs] ce qui a eu pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre distributeurs. La décision attaquée indique que SIA « FMS » a pris le relais d'une unité d'activité économique de SIA « FMS Software », dans le cadre de laquelle la violation du droit de la concurrence a été constatée. Dans la mesure où il existe des relations économiques étroites entre SIA « FMS Software » et SIA « FMS » (devenues, après la restructuration par fusion des deux sociétés, SIA « Visma Enterprise » ; ci-après la « requérante ») et qu'elles sont reconnues comme un seul et même opérateur, l'autorité de la concurrence les a condamnées solidairement au paiement de l'amende.

La décision attaquée repose sur les motifs suivants.

1.1 L'autorité de la concurrence, après avoir examiné les contrats de collaboration conclus entre SIA « FMS Software » et ses distributeurs pour la distribution des logiciels de comptabilité et une copie de contrat-type de collaboration entre cette société et les distributeurs pour l'année 2011 (ci-après le « contrat » ou l'« accord »), a constaté que, selon la clause 4.1 du contrat, « [a]u début du processus de vente avec l'Utilisateur final, le Partenaire est tenu d'enregistrer la transaction potentielle dans une base de données créée par le Fournisseur, par l'envoi d'un formulaire électronique type tel que spécifié à l'annexe n° 1 du Contrat, avec toutes les informations possibles et disponibles énumérées à l'annexe n° 1 précitée. Le Partenaire qui a été le premier à enregistrer la transaction potentielle avec l'Utilisateur final bénéficie d'une priorité pour la réalisation de l'opération de vente, à moins que l'Utilisateur final ne s'y oppose.

Cet avantage est maintenu pendant 6 (six) mois à compter de l'enregistrement de la transaction potentielle ».

1.2 La première phrase de la clause 4.1 du contrat renvoie à la création d'une base de données relative aux clients potentiels des distributeurs de SIA « FMS Software ». Les modalités d'information en cause ne sont pas interdites en tant que telles, mais les termes suivants de la clause 4.1 mettent en lumière les conséquences découlant de l'enregistrement du client dans la base de données. En effet, le distributeur concerné bénéficie d'une « priorité pour l'opération de vente ». L'avantage en question révèle l'existence d'une régulation des relations entre les distributeurs, c'est-à-dire que seul le distributeur qui a été le premier à informer SIA « FMS Software » peut réaliser l'opération de vente. L'avantage est maintenu pendant une durée déterminée, à condition que le client ne s'y oppose pas. Ces modalités visent à limiter la concurrence entre les distributeurs dans le cadre de la commercialisation des logiciels de comptabilité Horizon [OMISSIS] et Horizon Start [OMISSIS]. Étant donné que l'enregistrement concerne des clients potentiels auxquels le produit en question n'a pas encore été vendu, il est impossible pour les revendeurs de se faire concurrence pour proposer des logiciels de comptabilité à des conditions plus intéressantes. En effet, cela limite le bénéfice que les clients tirent de la concurrence entre revendeurs, de sorte que l'octroi de l'avantage prévu par la clause 4.1 du contrat, assimilable à une répartition du marché en fonction de la clientèle, vise à restreindre le jeu de la concurrence entre les distributeurs de logiciels de comptabilité. [Or. 3]

1.3 L'objet de la clause 4.1 du contrat étant de restreindre la concurrence (répartition de la clientèle entre distributeurs), il n'est pas nécessaire d'examiner ni de démontrer que l'accord a un effet restrictif sur la concurrence. La preuve de l'application ou de l'exécution effective de contrats n'est pas déterminante pour l'application de l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence à des accords restreignant le jeu de la concurrence par leur objet.

1.4 Le contrat n'est pas exempté de l'interdiction [des ententes] en vertu du point 8.2.1. des Ministru kabineta 2008.gada 29.septembra noteikumi Nr.797 « Noteikumi par atsevišķu vertikālo vienošanas nepakļaušanu Konkurences likuma 11.pantā pirmajā daļā noteiktajam vienošanās aizliegumam » (décret n° 797 du conseil des ministres du 29 septembre 2008, portant « Dispositions relatives à l'exemption de certains accords verticaux de l'interdiction des ententes édictée à l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence ») (ci-après le « décret n° 797 ») car il restreint la clientèle à laquelle les distributeurs peuvent vendre des logiciels de comptabilité, l'avantage en question étant accordé au distributeur qui a été le premier à se réserver un client donné.

1.5 L'infraction commise par SIA « FMS Software » découle non seulement de l'objet [de l'accord], mais également de sa mise en œuvre dans la pratique. Lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence à un accord qui restreint le jeu de la concurrence par son objet, il n'est pas

essentiel d'établir le nombre de cas dans lesquels la clause concernée a été appliquée et si elle l'a jamais été.

1.6 L'infraction à l'article 11, paragraphe 1 de la loi sur la concurrence commise par SIA « FMS Software » a duré plus de cinq ans, et il y a été mis fin à l'initiative de cette société.

1.7 SIA « FMS » a pris le relais d'une unité d'activité économique de SIA « FMS Software » », dans le cadre de laquelle l'infraction à l'article 11, paragraphe 1 de la loi sur la concurrence a été constatée.

1.8 L'autorité de la concurrence n'a pas jugé approprié ni nécessaire d'imputer la responsabilité aux distributeurs de SIA « FMS Software » en tant qu'autres parties à l'entente, en estimant qu'ils n'ont pas participé activement à la conclusion de l'accord et que leur pouvoir de marché respectif vis-à-vis de SIA « FMS Software » était insignifiant.

1.9 SIA « FMS Software » et SIA « FMS » étant considérées comme un seul et même opérateur, le chiffre d'affaires pris en compte pour le calcul de l'amende était le chiffre d'affaires net du dernier exercice clôturé des deux sociétés.

1.10 Conformément aux Ministru kabineta 2008.gada 29.septembra noteikumi Nr.796 « Kārtība, kādā nosakāms naudas sods par Konkurences likuma 11.panta pirmajā daļā un 13.pantā paredzētajiem pārkāpumiem » (décret n° 796 du conseil des ministres du 29 septembre 2008 portant « Modalités de calcul des amendes pour infractions visées à l'article 11, paragraphe 1, et à l'article 13 de la loi sur la concurrence ») (ci-après le « décret n° 796 »), et compte tenu de considérations d'opportunité et de proportionnalité, le montant définitif de l'amende infligée à SIA « FMS Software » a été fixé à 64 029,23 euros (45 000 lats lettons). Dès lors qu'il existe des relations économiques étroites entre SIA « FMS Software » (en tant qu'auteur de l'infraction) et SIA « FMS » (en tant qu'entreprise reprenant une unité d'activité économique) (au sens de la loi sur la concurrence, elles sont considérées comme un seul et même opérateur), la responsabilité de l'infraction à l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence est imputée conjointement et solidairement à SIA « FMS Software » et à SIA « FMS ». **[Or. 4]**

- 2 En désaccord avec la décision attaquée, SIA « FMS Software » et SIA « FMS » ont saisi l'Administratīvā apgabaltiesa (Cour administrative régionale) d'un recours en annulation.

Le recours repose sur les arguments exposés ci-après.

2.1 La décision attaquée de l'autorité de la concurrence, en violation de l'article 67, paragraphe 2, point 7, et de l'article 67, paragraphe 4, de l'Administratīvā procesa likums (loi sur la procédure administrative), ne vise aucune disposition légale spécifique que SIA « FMS Software » aurait violée dans les circonstances de fait établies dans la présente affaire. En raison d'erreurs commises dans la formulation de la décision attaquée, il n'apparaît pas clairement

en quoi consistent, selon l'autorité de la concurrence, les éléments constitutifs de l'infraction. En effet, vu la motivation de la décision attaquée, la requérante a des doutes sur la légalité, dans la présente affaire, de la démarche adoptée par l'autorité de la concurrence [et] se demande si cette dernière n'a pas agi de manière arbitraire. Pour sa part, la requérante a cherché à clarifier les circonstances de l'affaire, alors que l'autorité de la concurrence n'a pas dûment satisfait à son obligation d'examen impartial.

Le 13 janvier 2014, SIA « FMS Software » et SIA « FMS » ont adressé à l'autorité de la concurrence, conformément à l'article 69, paragraphe 2, de la loi sur la procédure administrative, une lettre lui demandant de régulariser la décision attaquée, mais n'ont reçu aucun nouvel acte administratif de l'autorité de la concurrence, établi conformément aux exigences légales.

2.2 La requérante estime que la décision attaquée est illégale en ce qu'elle viole des règles tant matérielles que procédurales. Les irrégularités procédurales sont substantielles et affectent la légalité de la décision attaquée dans son ensemble.

Les irrégularités matérielles portent sur :

- 1) [l'appréciation] de l'entente ;
- 2) l'interprétation des critères selon lesquels certains accords verticaux entre opérateurs sont exemptés de l'interdiction des ententes édictée à l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence ;
- 3) la définition du marché de produits en cause ;
- 4) l'interprétation de la possibilité pour l'autorité de la concurrence de ne pas définir précisément le marché du produit en cause ;
- 5) l'interprétation de l'objet de l'entente ;
- 6) le calcul de l'amende ;
- 7) l'interprétation de la responsabilité solidaire et du droit de l'autorité de la concurrence d'infliger une amende solidairement ;

Les irrégularités procédurales consistent en ce que :

- 1) la décision attaquée ne vise pas les dispositions légales applicables ;
- 2) les arguments et les éléments de preuve avancés par SIA « FMS Software » ont été rejetés sans motif et sans examen au fond, sur la base d'une analyse purement formelle ;
- 3) la décision attaquée fait référence à des éléments de preuve non vérifiés ;
- 4) le droit de la requérante de formuler des observations a été limité ;

5) le droit de la requérante de prendre connaissance du dossier a été restreint.

2.3 L'autorité de la concurrence a commis une erreur de droit qui l'a amenée à imputer à tort la responsabilité des pratiques illégales à SIA « FMS Software » et à SIA « FMS », [Or. 5] en soutenant injustement que ces dernières avaient pour but d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. La décision attaquée n'établit pas le nombre d'entités participant à l'infraction dans le cadre de l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction.

2.4 L'autorité de la concurrence ne pourrait retenir la responsabilité de SIA « FMS Software » et lui infliger une sanction pour participation à l'entente que si elle établissait tous les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui n'a pas été le cas dans la présente affaire.

2.5 Dès lors qu'une personne ne peut être tenue pour responsable en l'absence de violation de la loi, l'exclusion par l'autorité de la concurrence de la responsabilité des revendeurs confirme qu'aucune infraction à la loi sur la concurrence ne peut leur être reprochée. Dans la décision attaquée, l'autorité de la concurrence ne qualifie pas les distributeurs d'auteurs d'infraction et considère que l'infraction a été commise par un seul auteur. Or, pour établir l'existence d'une entente, l'autorité de la concurrence aurait dû identifier deux ou plusieurs auteurs de l'infraction.

2.6 L'autorité de la concurrence ne dispose d'aucune marge d'appréciation pour constater la responsabilité du fait de pratiques illégales.

2.7 La décision attaquée écarte la responsabilité des revendeurs de SIA « FMS Software », au motif qu'ils n'ont pas été actifs lors de la conclusion de l'accord et que leur pouvoir de marché vis-à-vis de SIA « FMS Software » était insignifiant. Or, il ne s'agit pas de circonstances permettant d'écarter la responsabilité du fait d'une violation des interdictions édictées à l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence. L'autorité de la concurrence n'a pas démontré que les revendeurs de SIA « FMS Software » n'étaient pas actifs dans la conclusion de l'accord. Dans la présente affaire, l'intérêt des revendeurs était plus marqué que celui de la requérante. Le fait que le projet de contrat a été élaboré par SIA « FMS Software » ne signifie pas pour autant que la clause critiquée par l'autorité de la concurrence a été imposée aux revendeurs. L'autorité de la concurrence n'a pas étayé l'affirmation selon laquelle le pouvoir de marché des revendeurs vis-à-vis de SIA « FMS Software » était négligeable. Le maintien de la décision attaquée est susceptible de constituer un précédent néfaste permettant aux auteurs de l'infraction et aux véritables bénéficiaires de l'avantage illégal de se soustraire à leur responsabilité. Un tel précédent aurait pour effet non pas de dissuader les opérateurs de mettre en œuvre une entente, mais de les inciter à le faire puisque leur responsabilité ne serait pas nécessairement engagée.

2.8 Il appartenait à l'autorité de la concurrence de rechercher si les conditions de la collaboration entre SIA « FMS Software » et ses revendeurs étaient conformes

au point 8.2.1. du décret n° 797. L'erreur d'interprétation de cette disposition a empêché l'autorité de la concurrence d'apprécier tous les faits pertinents pour trancher cette question et de les exposer dans les motifs de la décision attaquée. Il appartenait à l'autorité de la concurrence d'apprécier, tout d'abord, si les conditions de la collaboration entre SIA « FMS Software » et ses revendeurs faisaient ou non l'objet d'une exemption et seulement ensuite si l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence était ou non applicable.

2.9 L'autorité de la concurrence a commis des erreurs substantielles dans la définition du prétendu marché de produits en cause. En règle générale, le marché de produits et le marché de l'après-vente pour les produits sont définis séparément.

2.10 Contrairement à la réglementation applicable, à la logique et à ses propres conclusions sur les accords verticaux, l'autorité de la concurrence a défini un seul marché sur lequel opèrent à la fois SIA « FMS Software » (pour la vente en gros) et ses revendeurs (pour la vente en détail). Il s'agit d'une erreur substantielle [Or. 6] dans la définition du marché de produits en cause affectant la conclusion relative audit marché et, partant, toutes les considérations découlant de cette conclusion (pouvoir de marché, capacité d'influencer le marché, chiffre d'affaires réalisé sur le marché concerné, etc.).

2.11 Il n'y a aucun obstacle qui empêcherait les utilisateurs de logiciels de se tourner vers un autre logiciel de comptabilité. Le transfert des données est possible selon différents scénarios conformément aux exigences du client. Le produit en cause est techniquement complexe et spécifique. L'autorité de la concurrence n'a pas procédé à un examen impartial de l'affaire lorsqu'elle a tiré des conclusions sur des questions nécessitant des connaissances spécifiques. Cela est un message négatif pour les marchés des technologies de l'information en général. L'affirmation générale de l'autorité de la concurrence relative à l'absence de caractère substituable des logiciels de comptabilité, fondée sur des allégations tirées de dispositions réglementaires et de l'obligation de tenir une comptabilité, est trompeuse.

2.12 L'autorité de la concurrence n'a pas défini le marché de produits en cause conformément à la législation et à la jurisprudence applicables. Dès lors, les conclusions tirées, dans la décision attaquée, des considérations relatives au marché en cause ne sont pas fondées. Le marché de produits en cause n'a pas été défini, ce qui a conduit à des conclusions infondées.

2.13 [La définition] du marché en cause était importante pour l'examen, par l'autorité de la concurrence, de l'applicabilité des exemptions prévues par le décret n° 797.

2.14 Aux fins du calcul du montant de l'amende, l'autorité de la concurrence aurait dû prendre en considération le chiffre d'affaires réalisé sur le marché en cause pour décider d'une réduction de l'amende. Étant donné que le marché de

produits en cause (celui sur lequel opère SIA « FMS Software » et le marché affecté) n'est pas défini de manière précise et argumentée, le refus de l'autorité de la concurrence de réduire l'amende de SIA « FMS Software » est dépourvu de tout fondement. L'appréciation est basée sur le chiffre d'affaires réalisé sur un marché délimité de manière approximative dans la décision attaquée. La modification de la définition du marché entraîne également celle du montant du chiffre d'affaires réalisé sur ce marché et, partant, celle des conclusions relatives à la réduction de l'amende.

2.15 Le contrat ne crée pas un système dans lequel l'enregistrement en question éliminerait la concurrence, puisqu'il n'existe aucun accord empêchant les revendeurs de soumettre leurs offres à un client enregistré par un autre revendeur. Par ailleurs, il n'existe aucune autre circonstance extérieure au contrat lui-même susceptible de révéler le but commun des parties concernant la répartition du marché en fonction de la clientèle. En effet, si un revendeur n'est pas informé de la réservation d'un client, rien ne l'empêche ni ne le décourage de faire une offre au client. La concurrence entre revendeurs n'est donc nullement limitée.

2.16 Les échanges de courriers électroniques entre SIA « FMS Software » et ses différents revendeurs, dont fait état la décision attaquée, ne sauraient être considérés comme démontrant une répartition du marché. Au vu des explications fournies par SIA « FMS Software », la correspondance visée par l'autorité de la concurrence ne révèle aucunement l'existence d'une entente. En effet, le caractère informel, symbolique et ironique des échanges s'explique par les relations de travail de longue durée des personnes impliquées dans cette correspondance. Une telle forme d'expression ne doit pas être comprise [Or. 7] au pied de la lettre. En outre, quand bien même les revendeurs auraient souhaité utiliser cette clause pour obtenir de SIA « FMS Software » une protection contre d'autres revendeurs, SIA « FMS Software » ne l'a jamais fait. Il n'existe aucune circonstance extérieure au contrat lui-même de nature à établir l'intention des parties à l'accord de se partager le marché.

2.17 L'amende infligée par l'autorité de la concurrence a été calculée à tort sur le chiffre d'affaires total de SIA « FMS Software » et de SIA « FMS », et son appréciation des circonstances aggravantes et atténuantes est dépourvue de tout fondement. L'autorité de la concurrence ne pouvait pas calculer l'amende sur la base du chiffre d'affaires des deux entreprises liées, quels que soient leurs relations et leur comportement sur le marché.

2.18 Or, l'amende fixée par l'autorité de la concurrence dépasse considérablement le montant légal maximal de l'amende qui serait applicable à SIA « FMS Software » si des circonstances permettant l'imposition d'une telle sanction étaient constatées dans la présente affaire. Si l'amende infligée par l'autorité de la concurrence était fixée à 0,6 % du chiffre d'affaires net réalisé par SIA « FMS Software » au cours de l'exercice social précédent, son montant serait de 11 403,07 euros (8 014,12 lats lettons).

2.19 À l'appui de son interprétation des dispositions relatives à l'imposition d'une amende, l'autorité de la concurrence se réfère à une pratique similaire de la Commission européenne [ci-après la « Commission »] pour fixer le plafond de l'amende. Or, l'autorité de la concurrence n'a indiqué aucune décision spécifique de la Commission appliquant une telle pratique afin de vérifier la véracité de ces allégations.

La réglementation contraignante de la Commission relative à l'imposition des amendes en droit de la concurrence n'a pas le même contenu que le décret n° 796.

2.20 C'est à tort que l'appréciation de la nature de l'infraction et du rôle joué par SIA « FMS Software » à cet égard a conduit l'autorité de la concurrence à infliger l'amende en question, et que, après avoir évalué le chiffre d'affaires réalisé par SIA « FMS Software » sur le marché concerné par rapport à son chiffre d'affaires total et après avoir examiné le fait que SIA « FMS Software » a apporté son soutien à l'enquête de sa propre initiative, l'autorité de la concurrence n'a pas réduit le montant de l'amende.

2.21 L'autorité de la concurrence a augmenté le montant de l'amende en affirmant injustement que SIA « FMS Software » était à l'origine de l'infraction et qu'elle avait joué un rôle actif à cet égard.

2.22 L'autorité de la concurrence a refusé à SIA « FMS » la possibilité de faire valoir son point de vue sur l'application de la responsabilité solidaire et a, partant, violé les formes substantielles, de sorte que la décision attaquée doit être déclarée illégale dans la partie relative à la responsabilité solidaire de SIA « FMS ». C'est à tort que l'autorité de la concurrence a retenu la responsabilité solidaire de SIA « FMS Software » et SIA « FMS ».

3 Dans son mémoire en défense, l'autorité de la concurrence rejette le recours, maintient la motivation de la décision attaquée et expose les considérations suivantes.

3.1 Pour établir l'existence d'une infraction à l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence, il n'est pas nécessaire d'imputer la responsabilité d'une entente à toutes les parties à l'accord. L'autorité de la concurrence a clos le dossier dans l'affaire concernant les distributeurs de SIA « FMS Software » non pas au motif qu'aucune violation de cette disposition n'a été établie, mais pour des raisons d'opportunité. SIA « FMS Software » et **[Or. 8]** SIA « FMS » n'ont pas le droit subjectif de demander l'adoption d'un acte administratif à l'égard de ses distributeurs.

3.2 L'accord consistant à donner la priorité à un revendeur par rapport à un autre pour réaliser une opération de vente vise directement à répartir les clients entre les distributeurs pendant 6 (six) mois et à éliminer la concurrence entre eux. Un tel accord tend à restreindre le jeu de la concurrence par son objet, étant donné, notamment, que la requérante n'a invoqué aucun motif justifiant la nécessité de limiter le droit d'un autre revendeur de proposer ses services à un client dont le

revendeur a préalablement informé SIA « FMS Software » (c'est-à-dire qu'il s'est réservé).

3.3 Lorsqu'elle constate l'existence d'une infraction à l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence, l'autorité de la concurrence n'est tenue de définir le marché en cause que dans la mesure où il n'est pas possible de prouver une restriction de concurrence par effet en l'absence d'une définition précise du marché. Étant donné que l'entente de SIA « FMS Software » n'est pas exemptée de l'interdiction [des ententes] en application du décret n° 797 parce qu'elle contient une restriction de concurrence par objet, et non parce qu'elle dépasse les seuils de part de marché qui y sont spécifiés, l'allégation de la requérante selon laquelle la définition du marché en cause jouerait un rôle important pour statuer sur la légalité de la décision est infondée.

3.4 Les griefs de la requérante relatifs à la fixation de l'amende sont également dépourvus de fondement, l'autorité de la concurrence ayant appliqué les dispositions légales en fonction de leur contenu et de leur esprit. Le montant maximal d'amende susceptible d'être infligé pour l'infraction en question n'a pas été appliqué à la requérante. C'est à tort que la requérante soutient que l'amende aurait dû être réduite car les revenus tirés de la vente des logiciels de comptabilité ne représenteraient qu'une faible fraction (21 %) de la totalité des recettes. L'autorité de la concurrence n'a pas jugé opportun de réduire l'amende. Le comportement de la requérante qui a fourni des informations de sa propre initiative ne peut pas non plus servir de base légale à une réduction de l'amende. L'autorité de la concurrence a exercé le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la loi.

3.5 Par lettre du 24 janvier 2014 [OMISSIS], l'autorité de la concurrence a exposé les faits constitutifs de l'infraction. Selon l'autorité de la concurrence, le contenu de la décision attaquée est clair pour la requérante.

3.6 Le point de vue exprimé par la requérante a été pris en considération. Avant l'adoption de la décision attaquée, la requérante n'avait pas demandé de justification quant aux informations considérées comme celles dont l'accès est restreint.

- 4 Par arrêt du 8 mai 2015, l'Administratīvā apgabaltiesa (cour administrative régionale) a fait partiellement droit au recours.

L'Administratīvā apgabaltiesa (cour administrative régionale) a annulé l'article 2 de la décision attaquée, relatif à la condamnation solidaire au paiement de l'amende. Il a été enjoint à l'autorité de la concurrence d'adopter un nouvel acte administratif ayant pour objet d'infliger une amende à SIA « FMS Software » et d'exclure du calcul de l'amende le chiffre d'affaires net de SIA « FMS » au titre de l'exercice social [précédent]. Le recours a été rejeté pour le surplus.

La requérante et l'autorité de la concurrence ont formé chacune un pourvoi en cassation contre l'arrêt de l'Administratīvā apgabaltiesa (cour administrative régionale) du 8 mai 2015. **[Or. 9]**

- 5 Par arrêt du 16 juin 2017, le Senāta Administratīvo lietu departaments (Cour suprême de la République de Lettonie, département des affaires administratives) (ci-après la « Cour suprême ») a annulé l'arrêt de l'Administratīvā apgabaltiesa (cour administrative régionale) du 8 mai 2015 et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle statue à nouveau.
- 6 Le 9 mars 2018, compte tenu des conclusions de l'arrêt de la Cour suprême, la requérante a présenté à l'Administratīvā apgabaltiesa (cour administrative régionale) un mémoire complémentaire comprenant les arguments suivants.

6.1 Il ressort de la clause 4.1 du contrat que la requérante accorde la priorité au distributeur qui a été le premier à présenter sa demande, en lui apportant son soutien à l'élaboration de l'offre et des solutions techniques. De cette façon, la requérante encourage les distributeurs à être actifs dans le cadre de la distribution des logiciels de comptabilité, c'est-à-dire à mener activement leurs opérations de vente en concurrence les uns avec les autres. Les distributeurs sont traités sur la base du principe « premier arrivé, premier servi », ce qui garantit une égalité de traitement.

Le contrat ne contient aucune promesse de la requérante selon laquelle l'enregistrement garantirait que les autres distributeurs ne feront pas d'offre à un client donné ou que la requérante ne consultera pas d'autres distributeurs au sujet d'un client particulier. De même, le contrat ne prévoit aucune mesure de coercition ou de sanction.

Il ressort des courriers électroniques et des pièces comptables de la requérante et de ses distributeurs, portant sur les transactions réalisées au cours de la période prise en compte dans la décision attaquée, que l'enregistrement des clients ne procurait de facto aucun avantage illicite à celui des distributeurs ayant été le premier à enregistrer un client [potentiel]. En effet, la requérante ne limite pas la concurrence entre les distributeurs car l'enregistrement n'empêche nullement les autres distributeurs de mener activement des opérations de vente avec des clients auxquels l'un des distributeurs ou la requérante a déjà fourni des services. La collaboration avec un distributeur particulier ne prive pas le client de la possibilité d'acquérir une licence de logiciel de comptabilité pour une période ultérieure auprès d'un autre distributeur. Ni la requérante ni les distributeurs n'empêchent le client de changer de distributeur. Le client peut également contracter avec un distributeur qui n'est pas le premier à l'avoir enregistré. La requérante assure une concurrence loyale à tous les distributeurs.

6.2 La requérante a organisé son activité de façon à traiter les distributeurs sur un pied d'égalité et selon le principe « premier arrivé, premier servi ». La nécessité de la clause 4.1 du contrat s'explique par les spécificités du secteur et du produit

en question et par la particularité du système de distribution impliquant l'action simultanée de plusieurs distributeurs exerçant une fonction équivalente sur le marché.

Afin de garantir que la livraison du produit au client et les services qui lui sont fournis soient efficaces et de qualité, le contrôle du travail des distributeurs est effectué à travers le système d'enregistrement en cause, et les distributeurs consultent régulièrement la requérante sur l'installation des logiciels de comptabilité et sur la présentation des offres. Les distributeurs reçoivent un soutien important de la part de la requérante, et d'ailleurs un contrat de sous-traitance a été conclu avec un distributeur qui n'était pas en mesure de fournir au client un service équivalent à celui prévu au contrat. **[Or. 10]**

Pour éviter de porter atteinte à la réputation du produit et de donner au client une impression trompeuse sur le logiciel et ses fonctionnalités, l'enregistrement vise, d'une part, à garantir que la requérante soit informée en temps utile et, d'autre part, à empêcher des lacunes dans les connaissances du distributeur et la fourniture d'un service de mauvaise qualité. En particulier, compte tenu de la complexité et de l'évolution dynamique du produit, le logiciel est constamment mis à jour compte tenu des informations fournies par les distributeurs sur son fonctionnement et de sa conformité aux besoins du client. Par exemple, après la vente et la mise en œuvre d'une licence de logiciel, la requérante a constaté que le processus par lequel le client effectuait le paiement de bourses différait des situations habituelles, mais que, avant de mettre en œuvre le logiciel de comptabilité en question, le distributeur n'avait pas évalué cet aspect et, partant, porté atteinte à la réputation du produit.

6.3 Les informations fournies par la requérante sur les situations dans lesquelles elle est appelée à intervenir en raison des défaillances de ses distributeurs traduisent par ailleurs l'objectif initial de l'accord, qui est d'assurer le contrôle de la qualité de la prestation, de protéger la réputation du produit et d'économiser les moyens d'action qu'impliquent les conseils aux distributeurs. Il ressort du résumé des consultations recueillies que les distributeurs ne sont pas, à eux seuls, en mesure d'appréhender les spécificités des services fournis aux clients. Lorsque les distributeurs s'engagent à fournir un service à un grand client, ils sont généralement confrontés à des problèmes d'exécution du contrat. La consultation par les distributeurs porte également sur les questions pour lesquelles des instructions aux distributeurs ont été élaborées par la requérante. En effet, étant donné qu'aucune modification n'a été apportée aux logiciels de comptabilité, les problèmes évoqués sont dus non pas à l'activité de la requérante en tant que producteur, mais au manque de compétences des distributeurs.

La rémunération générée par les conseils fournis par la requérante n'empêche pas de considérer que les ressources humaines pourraient être utilisées de manière plus efficace. Lorsque le service de vente et d'installation de logiciels de comptabilité est un service de qualité fourni par un distributeur compétent, cela permet d'économiser les ressources de la requérante.

Lorsque le distributeur n'est pas compétent, le client a souvent des doutes sur la capacité du logiciel à assurer les fonctions requises. Par conséquent, le contexte économique vise également à protéger la réputation de la requérante et à garantir la qualité du service. L'objectif de la clause 4.1 du contrat est, entre autres, d'encourager l'activité des distributeurs qui sollicitent des transactions auprès de la requérante, afin que le fabricant soit en mesure, compte tenu des revenus escomptés ainsi que du secteur d'activité et des intérêts des clients potentiels, de planifier ses recettes, d'identifier la clientèle potentielle et de décider des investissements dans le développement de son produit ainsi que d'accorder au client une remise du fabricant à la demande du distributeur.

6.4 La clause 4.1 du contrat ne visant que la requérante et le distributeur concerné, il n'y a pas de restriction de concurrence ni d'effets négatifs sur la concurrence.

Le client a le droit de choisir n'importe quel autre distributeur, ce qui exclut la possibilité de partage de marché. Cela correspond aux conditions normales du marché (voir arrêt du 2 octobre 2003, *Corus UK/Commission*, C-199/99 P, EU:C:2003:531, point 107), et l'objectif poursuivi par la requérante au-delà de la clause 4.1 du contrat reste dans son contexte économique et juridique. [Or. 11]

- 7 Le 23 mars 2018, l'autorité de la concurrence a présenté son mémoire en réponse au mémoire complémentaire de la requérante.

L'autorité de la concurrence formule les observations suivantes.

7.1 L'insertion de la clause 4.1 dans le contrat conclu avec chacun des distributeurs a conduit à restreindre le jeu de la concurrence entre ces derniers et à diminuer leur pression concurrentielle réciproque. Dès lors, cela a eu des répercussions non seulement sur les éléments constitutifs du prix [tels que la rémunération des (services de) conseil], qui sont déterminés individuellement par chaque distributeur et par lesquels les distributeurs se font concurrence pour attirer des clients (utilisateurs finals), mais également sur le choix du collaborateur opéré par l'utilisateur final dans des conditions où la concurrence n'existe qu'en apparence (concurrence fictive).

Il ressort des éléments de preuve avancés dans la présente affaire que la requérante opère une répartition coordonnée des clients entre les distributeurs. Le fait que, d'un point de vue formel, un logiciel puisse ne pas être à la disposition d'un distributeur pour l'enregistrement des clients ne change rien à ce constat.

En examinant les circonstances entourant l'insertion de la clause litigieuse dans le contrat, il a été établi qu'un type similaire de système de répartition des clients existait déjà entre les distributeurs en tant que « gentlemen's agreement » (accord verbal) (ce qui signifie l'absence de débauchage de clientèle). En revanche, il était indispensable de renforcer un tel accord par écrit pour discipliner les nouveaux distributeurs (ceux qui opèrent sur le marché depuis moins de dix ans). Ce constat est confirmé tant par les explications fournies par les distributeurs sur l'importance de la clause 4.1 du contrat que par la nécessité de « transférer » le

système préexistant vers la clause 4.1 du contrat, la requérante assumant le rôle de coordinateur.

7.2 La licence est enregistrée par l'utilisateur final concerné et non par le distributeur. Le moment auquel l'utilisateur final concerné commence à utiliser le logiciel ne sera connu que lorsque l'utilisateur final aura fait son choix.

Par ailleurs, la clause litigieuse fait référence à la période pendant laquelle l'utilisateur final opère son choix. Il résulte des circonstances de l'affaire que la clause litigieuse prévoit l'enregistrement de clients potentiels auxquels le produit n'a pas encore été vendu, de sorte qu'aucune licence n'est requise. À ce stade, il reste à savoir si l'entreprise en question deviendra une cliente de la requérante. Par conséquent, il n'y a pas d'explication rationnelle et économiquement justifiée quant à la raison pour laquelle il serait nécessaire de lancer le processus d'enregistrement de la licence avant même que le client concerné n'ait confirmé son souhait de commencer à utiliser le logiciel développé par la requérante.

L'appréciation de l'identification de clients potentiels et de l'investissement nécessaire au développement du produit ne peut avoir lieu que lorsque l'utilisateur final a accepté de commencer l'utilisation du logiciel développé par la requérante, c'est-à-dire dans le cadre de l'examen de la licence. Or, il ne ressort pas des courriers électroniques en cause qu'un tel examen spécifique ait jamais été effectué, et, selon l'autorité de la concurrence, il est peu probable que cet examen puisse être effectué par la requérante si elle ne dispose que du nom d'un client potentiel. L'examen du développement [du produit] peut avoir lieu en l'absence de réservation de clients et tenir compte de l'existence (l'historique) des informations déjà en possession du producteur [Or. 12] ou des cas dans lesquels un client donné a renoncé à la collaboration envisagée, tout comme des secteurs et domaines dans lesquels la demande du produit est faible ou insuffisante.

Avant de démarrer une collaboration avec un distributeur spécifique, les connaissances de celui-ci sont vérifiées [par] la requérante qui organise régulièrement des séminaires pour les distributeurs afin de compléter leurs connaissances et de développer leurs compétences. En revanche, il ne ressort pas des explications fournies par les distributeurs que la requérante, lorsqu'elle collabore avec eux, contrôlerait leurs activités ou vérifierait leurs éventuelles compétences dans la revente du logiciel qu'elle a développé. Les informations recueillies dans la présente affaire font référence à un modèle de distribution dans lequel les distributeurs se situent à un niveau de vente distinct (distribution) du produit et n'agissent pas en tant qu'agents du fabricant. Si la requérante a des doutes sur la compétence de ses distributeurs, elle peut la vérifier d'une manière moins restrictive pour la concurrence.

L'objet de la clause 4.1 du contrat résulte du contenu de la clause litigieuse, des objectifs poursuivis ainsi que du contexte économique et juridique.

7.3 Les termes « [...] à moins que l'utilisateur final ne s'y oppose » important peu pour apprécier le niveau de preuve en matière d'effets restrictifs de concurrence.

L'appréciation du comportement probable d'un client revient à rechercher si la clause litigieuse a effectivement été mise en œuvre. S'il convenait de tenir compte de cette clause pour déterminer le niveau de preuve applicable dans la présente affaire, la preuve de l'existence d'une restriction de concurrence dépendrait de la mise en œuvre effective de l'accord, c'est-à-dire de la question de savoir si, au cours de la procédure de réservation du client (lorsque la clause litigieuse est effectivement appliquée), le client s'est opposé [à la réservation]. Si le client ne s'y est pas opposé (d'autant plus qu'il ne disposait pas d'informations sur une telle possibilité), il y aura restriction de concurrence, ce qui ne sera pas le cas en l'absence d'opposition de sa part. L'application de ce critère aurait une incidence sur la constatation d'une telle restriction, en méconnaissance du fait qu'une restriction caractérisée de concurrence existe indépendamment du comportement du client. Ce type de restriction dépendrait de l'expression de la volonté d'un tiers, le client.

Même si l'utilisateur final ne s'oppose pas à la réservation, la clause concernée figurant dans le contrat conclu entre le fabricant et le distributeur ne peut produire d'effets juridiques ni sur le distributeur ni sur le client. Les souhaits du client concernant les modalités du système de distribution sont sans importance. Le client est probablement convaincu que le distributeur qui se l'est réservé fera une offre qui sera la meilleure, la moins chère et dont la qualité sera la plus élevée possible. Dans l'attente, le distributeur est isolé et protégé de la pression concurrentielle d'autres distributeurs, et le client paiera éventuellement un prix trop élevé parce qu'il ne dispose pas d'informations sur les offres d'autres distributeurs et que son choix ne se fait pas dans des conditions de concurrence normales.

7.4 Dans sa décision rendue dans la présente affaire, la Cour suprême a évoqué la « concurrence pour le marché » et la « concurrence dans le marché ». L'autorité de la concurrence fait valoir que cette dernière notion serait appréciée différemment selon que le jeu de la concurrence pour le marché a déjà eu lieu ou est toujours en cours. La prémisse selon laquelle [Or. 13] le jeu de la « concurrence pour le marché » a déjà eu lieu lors de l'application de la clause 4.1 du contrat est erronée.

La lutte pour le client est constante, et la théorie économique ne comporte pas de notion telle que « concurrence concrétisée » et « concurrence future ». Aussi, on pourrait considérer que la concurrence se concrétise dès lors que le client entre dans un point de vente où il ne peut acheter un produit qu'au distributeur concerné. Or, la concurrence pour la réalisation d'une transaction est continue et reste la même jusqu'à ce que le client conclue un contrat d'achat de biens.

La répartition de la clientèle intervient avant que le distributeur ne commence à travailler avec un client, c'est-à-dire lorsque le distributeur présente seulement les

avantages d'un logiciel de comptabilité et propose un prix déterminé. L'autorité de la concurrence considère que, à ce stade, il n'est pas nécessaire d'adapter spécialement le logiciel aux souhaits et aux moyens du client, ni aux particularités de l'activité économique de ce dernier. Lorsqu'il s'agit d'attirer un client potentiel, le distributeur propose un prix et présente les capacités et les caractéristiques du logiciel. Ainsi, l'insertion de la clause 4.1 dans le contrat ne se justifie pas par un processus « spécial » d'adaptation du logiciel aux besoins du client. Une telle limitation n'est pas objectivement nécessaire pour protéger le distributeur, dès lors que, au moment de la présentation, celui-ci n'a pas encore investi de temps et de ressources individuelles considérables dans l'adaptation et la modification du logiciel de comptabilité conformément aux exigences du client.

7.5 Le point 8.2.1. du décret n° 797 permet, dans des cas exceptionnels, de restreindre les ventes actives (le comportement des distributeurs dans la recherche active de clients sur un territoire illimité ou s'agissant d'un nombre illimité de clients), mais interdit de restreindre les ventes passives (les cas où le distributeur est approché par un client qui ne relève pas du territoire ou de la clientèle exclusivement réservé audit distributeur). Une exception s'applique aux seules situations dans lesquelles il existe un système de distribution exclusive.

Cette disposition ne saurait être interprétée, au sens large, comme se référant à tous les cas dans lesquels un « accord exclusif » a été conclu entre le fabricant et le distributeur pour un client déterminé dans le cadre d'une vente ponctuelle du produit. Ce n'est que dans le cas d'un système de distribution exclusive que des gains d'efficacité sont en principe supérieurs à une restriction de concurrence.

Un fournisseur (y compris le producteur) qui souhaite conserver le contrôle essentiel de la distribution peut opérer par l'intermédiaire d'une entreprise verticalement intégrée en créant une filiale ou en acquérant une entreprise disposant de l'expérience et des connaissances nécessaires dans la distribution du produit ou du service. Le fournisseur peut également engager un agent de distribution ou, alternativement, choisir d'externaliser la distribution vers une société indépendante qui assurera de façon autonome la revente des biens ou des services. Pour qu'un accord de distribution avec un distributeur indépendant soit économiquement viable (ce que l'on attend de l'externalisation de la distribution vers un opérateur indépendant), le fournisseur peut prévoir des contraintes supplémentaires en matière de distribution, notamment limiter le nombre de distributeurs. **[Or. 14]**

Afin d'encourager les distributeurs à investir dans la promotion des produits, la publicité et la fourniture d'un service de meilleure qualité dans le cadre de la distribution des produits ou services du fournisseur, il peut être nécessaire pour ce dernier non seulement d'exiger d'un distributeur un certain niveau de service, mais aussi de restreindre la concurrence entre distributeurs. Si tel n'est pas le cas, le distributeur pourra ne pas avoir intérêt à supporter les coûts supplémentaires et la charge financière liés à la vente d'un produit ou d'un service, en particulier si le

produit est également vendu à des distributeurs qui ne sont pas soumis à une charge similaire en ce qui concerne la distribution des produits (free-riders).

Ainsi, afin de promouvoir l'efficacité du processus de vente de produits ou de services (et, en même temps, l'intérêt des distributeurs à fournir le meilleur service de distribution de produits possible), un fournisseur peut prévoir un système de distribution exclusive ou sélective pour la distribution d'un produit ou d'un service. Dans ce cas, le système de distribution exclusive est conçu de manière à mettre à la disposition de chaque distributeur une zone de vente limitée (exclusive) (distribution exclusive) ou encore de manière à leur permettre de vendre des produits à des clients exclusifs (clientèle exclusive). Un tel accord d'exclusivité a pour effet de désigner, pour un distributeur déterminé, un territoire exclusif ou une clientèle exclusive qui fera l'objet de restrictions en termes de vente de biens et de services pour les autres distributeurs ainsi que pour le fournisseur lui-même.

L'autorité de la concurrence soutient que la mise en œuvre de la clause 4.1 du contrat n'instaure pas un tel système de distribution exclusive. L'accord litigieux ne saurait être considéré comme un accord exclusif au motif qu'il n'a pas été préétabli et que son exclusivité est déterminée de manière sélective par les distributeurs eux-mêmes. Partant, il n'y a pas non plus lieu d'apprécier l'existence d'éventuelles restrictions des ventes passives (ou l'expression de la volonté des clients de « permettre » les ventes passives). Il n'est pas possible d'empêcher un distributeur de se livrer à la concurrence pour attirer un client donné alors qu'il est en mesure d'offrir un meilleur prix et un service de meilleure qualité. En effet, la réservation [de clients] dans la présente affaire limite la possibilité pour les autres distributeurs d'offrir des prix plus bas et une meilleure qualité et restreint le jeu de la concurrence par objet.

7.6 Lorsque le juge éprouve des doutes quant à l'interprétation de l'article 11, paragraphe 1, point 3, de la loi sur la concurrence et du point 8.2 du décret n° 797, y compris de l'exception prévue audit point, applicables dans le présent cas, l'autorité de la concurrence estime qu'il convient de saisir la Cour de justice de des questions suivantes :

- 1) L'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 4, sous b), du règlement n° 330/[2]010 de la Commission du 20 avril 2010 (ci-après le « règlement n° 330/[2]010 ») peuvent-ils être interprétés en ce sens que la pratique par laquelle un distributeur informe le fournisseur de l'existence d'un client susceptible d'être réservé par lui et se réserve le client avec l'accord dudit fournisseur pendant une certaine période constitue un système de distribution exclusive ? Une telle pratique a-t-elle pour effet de mettre en place une distribution exclusive entre le fournisseur et le distributeur concernant le client potentiel réservé ?
- 2) L'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article 4, sous b), du règlement n° 330/[2]010 peuvent-ils

interprétés en ce sens [Or. 15] que les ventes passives ne sont pas limitées si l'accord conclu entre le fournisseur et le distributeur comporte une clause permettant à l'acheteur (utilisateur final) de s'opposer à sa réservation alors qu'il n'est pas partie audit accord ? Le comportement de l'acheteur (utilisateur final) peut-il avoir une incidence sur (justifier) une restriction de concurrence contenue dans l'accord conclu entre le fournisseur et le distributeur ?

8 Le 4 juin 2018, la requérante a déposé un mémoire complémentaire comportant les observations suivantes.

8.1 L'autorité de la concurrence fonde principalement la constatation d'infraction sur une analyse de la nature de l'infraction et sur des hypothèses relatives au fonctionnement du marché en cause qui ne correspondent pas à la situation réelle.

8.2 Un accord ayant pour objet la répartition de clients entre concurrents (distributeurs) correspond à une restriction caractérisée ; or, de telles circonstances n'ont pas été établies dans la présente affaire. Un accord ayant pour objet de restreindre la liberté commerciale d'un revendeur de choisir ses clients est interdit. Cela signifie qu'un accord est interdit lorsqu'il prévoit une interdiction de vendre sur un territoire donné ou à une clientèle particulière. Les modalités de la collaboration qui encadrent le comportement du revendeur lors de la formulation d'une offre et de la vente des produits du fabricant, y compris à des clients particuliers, ne constituent pas toutes un accord interdit.

Le contrat ne comporte pas d'interdiction de vendre une licence ou de fournir un service de conseil à des clients enregistrés par un autre distributeur. Il ne ressort pas des échanges de courriers électroniques que la requérante empêcherait les distributeurs de vendre une licence au client de leur choix ou qu'elle pourrait le faire.

Lorsqu'un accord qui restreint les opportunités de vente du revendeur, y compris à des clients déterminés, poursuit un objectif légitime et est mis en œuvre de manière proportionnée, un tel accord ne sera pas réputé interdit en application de l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence. Ce n'est que si la restriction de concurrence n'est pas justifiée par un objectif légitime qu'il existe une base légale pour apprécier si l'accord bénéficie d'une exemption par catégorie (en vertu du règlement n° 797, et, partant, si l'exemption par catégorie est ou non applicable du fait de l'existence ou de l'absence d'une restriction caractérisée). Un accord qui poursuit un objectif légitime ne saurait relever de la notion de restriction caractérisée que constitue le partage de marché.

Le débat porte sur le point de savoir si la stipulation du contrat (clause 4.1) prévoyant, en substance, l'enregistrement de transactions potentielles ainsi que la priorité pour la réalisation du processus de vente et de fourniture de service de conseil par la requérante pendant 6 (six) mois à compter de l'enregistrement, poursuit un objectif légitime. L'autorité de la concurrence n'a pas examiné cette question au fond. Les considérations exposées dans les motifs de la décision ne

reposent pas sur des faits relatifs au fonctionnement du marché. Le raisonnement de l'autorité de la concurrence est non seulement dépourvu de tout fondement factuel, mais repose également sur des hypothèses non vérifiées concernant le produit, les services fournis en rapport avec le produit et le processus de distribution du produit.

8.3 Même si l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord, rien n'empêche le juge d'apprécier une telle intention et d'en tenir compte. **[Or. 16]**

Dans la présente affaire, il n'est pas établi que la requérante informerait les autres [distributeurs] de l'enregistrement d'un client par un distributeur particulier. Le choix de l'acheteur n'a pas été limité car ce dernier conserve la faculté de choisir n'importe quel distributeur. Cela signifie que le jeu de la concurrence entre distributeurs n'est pas restreint, comme en témoignent les informations fournies par la requérante sur la concurrence effective entre distributeurs.

L'enregistrement du client poursuit les objectifs suivants :

- 1) organiser la collaboration avec le distributeur ;
- 2) évaluer la conformité du produit aux besoins de l'acheteur ;
- 3) instaurer des modalités de collaboration équitables avec les distributeurs ;
- 4) utiliser les ressources de manière rationnelle.

8.4 On ne saura si l'utilisateur final concerné a commencé à utiliser le logiciel que lorsqu'il aura fait son choix. La clause litigieuse (clause 4.1 du contrat) se rapporte à la période pendant laquelle l'utilisateur final fait encore son choix car elle vise un client potentiel auquel le produit n'a pas encore été vendu, de sorte qu'aucune licence n'est requise. À ce stade, il n'est pas encore certain que l'entreprise sollicitée deviendra une cliente de la requérante en tant que producteur. En outre, il n'y a aucune explication valable quant aux raisons pour lesquelles il serait nécessaire de lancer le processus d'enregistrement de licence avant qu'un client particulier n'ait confirmé son souhait de commencer l'utilisation du logiciel.

8.5 L'autorité de la concurrence n'a pas tenu compte des spécificités du produit et de son processus de vente, ni obtenu ce type d'éléments de preuve dans le cadre de l'appréciation de la présente affaire. Le logiciel de comptabilité – licence achetée par le client – est doté de fonctionnalités standard qui sont susceptibles d'être complétées par d'autres modules de la requérante. Il y a des utilisateurs de licence qui ont besoin de fonctionnalités standard, mais il y en a d'autres dont les besoins ne seraient pas satisfaits par des fonctionnalités qui ne sont pas susceptibles d'être complétées par d'autres modules. La fonctionnalité standard est conçue de manière à répondre autant que possible au plus grand nombre d'entreprises de différents secteurs et à leurs exigences spécifiques. Il est donc

essentiel, dès le processus de vente d'une licence, d'évaluer la conformité du logiciel aux besoins du client, la nécessité de modules complémentaires et la question de savoir si le logiciel répond essentiellement aux besoins du client concerné. Cet examen comprend une analyse des options des fonctionnalités standard et de celles offertes par les modules supplémentaires, ainsi que des options visant à personnaliser davantage le logiciel du client en fonction de ses besoins spécifiques.

8.6 Les connaissances des distributeurs concernant les options du logiciel n'atteignent pas toujours le niveau requis, et comme les distributeurs ne sont pas des développeurs de logiciels, leur expérience du fonctionnement et des options du logiciel n'équivaut pas à l'expertise du fabricant.

En effet, les distributeurs, en l'absence de communication avec la requérante, ne sont pas en mesure, ni en droit, de traiter les questions qui sont liées à une interférence avec la fonctionnalité du logiciel. Pour qu'un distributeur soumette une offre répondant aux besoins du client, il est objectivement nécessaire qu'il consulte le fabricant sur des solutions techniques. En collaboration avec le distributeur, la requérante recherche celles qui sont les plus adaptées au client, **[Or. 17]** ce qui implique également des tests. Par conséquent, dès le processus d'élaboration de l'offre (en entamant la communication avec un client spécifique et en identifiant ses souhaits), la requérante doit planifier l'emploi de ses moyens. Le distributeur ne peut, sans l'intervention de la requérante, présenter aucune offre concurrentielle à un client (sauf si l'entreprise a besoin d'une fonctionnalité standard, ne compte pas plus de cinq employés et n'a aucun besoin particulier).

Lorsqu'il enregistre un client, le distributeur informe la requérante du client auquel la licence est proposée, d'où la nécessité que le distributeur participe, dans une certaine mesure, à l'élaboration de l'offre. La nécessaire participation de la requérante à l'élaboration de l'offre résulte, quant à elle, de son expérience de fabricant, étant donné qu'elle-même le client et propose des solutions techniques au distributeur.

8.7 La requérante n'est pas la seule à vendre la licence qu'elle a développée sur le marché. Toutefois, il s'agit du seul distributeur de licence qui en est le fabricant et qui est responsable de la qualité et de la conformité du produit aux besoins du client. Partant, le préjudice subi du fait de la [mauvaise] qualité du produit serait également plus important pour la requérante. C'est pourquoi, compte tenu de la spécificité du produit, de la complexité du processus de vente et du système de distribution choisi, la requérante a un intérêt légitime à contrôler le processus de vente de la licence.

Dans le cadre du processus de vente, la requérante n'a pas de relation directe avec le client du distributeur, mais, après la vente du produit, c'est à elle qu'incombe directement l'obligation d'assurer la qualité du produit et la conformité de celui-ci aux besoins du client. Il arrive, en pratique, que la licence soit retirée et les sommes versées remboursées car, après la mise en œuvre du logiciel, on constate

qu'il n'est pas susceptible de garantir les fonctionnalités requises par le client, alors que ce problème n'avait pas été identifié dans le cadre du processus de vente.

Le mécanisme d'enregistrement du client permet à la requérante de contrôler le respect des conditions de vente de son produit afin d'éviter de porter atteinte à la réputation du produit (comme s'abstenir de proposer d'éventuelles solutions techniques, proposer des solutions impossibles ou erronées, etc.) et de favoriser le maintien de la qualité.

8.8 La participation de la requérante au processus de vente peut également s'avérer nécessaire pour le processus d'élaboration de l'offre, c'est-à-dire tant que le client du distributeur n'a pas accepté d'utiliser le logiciel. Après la vente de la licence par le distributeur, la requérante ne peut plus procéder à aucune évaluation en la matière ni refuser de délivrer la licence, dès lors que la transaction a déjà été finalisée et la conformité du produit aux besoins du client confirmée par le distributeur. Dans une telle situation, le refus d'octroyer la licence porterait atteinte à la réputation de la requérante et de son produit.

8.9 La communication entre la requérante, en tant que fabricant, et ses distributeurs agréés se fait non seulement par voie électronique, mais également par téléphone et par des entretiens personnels.

L'enregistrement électronique est indispensable pour permettre à la requérante d'identifier le distributeur auquel la priorité a été accordée.

L'autorité de la concurrence n'a pas examiné au fond les explications ni les preuves fournies par la requérante quant à l'aide qu'elle apporte [Or. 18] aux distributeurs dans le cadre du processus de vente. Le fait d'apprendre à connaître un client et, le cas échéant, de développer une nouvelle approche, solution ou même fonctionnalité permet d'améliorer la performance globale du logiciel en complétant, facilitant et uniformisant la réponse à des problèmes similaires futurs (savoir-faire).

L'enregistrement ne confère pas au distributeur le droit exclusif de fournir un service à un client particulier, car d'autres distributeurs peuvent également présenter une offre et le client peut choisir n'importe lequel d'entre eux. Le site Internet du fabricant dispose d'informations sur tous les distributeurs. L'octroi de la priorité pour la réalisation d'une opération de vente se rapporte à la planification des moyens de la requérante ; en effet, la requérante collabore principalement avec le distributeur qui a été le premier à enregistrer un client [potentiel], en lui apportant son support et ses conseils et en développant des solutions techniques pour son offre pendant une période de 6 (six) mois à compter de l'enregistrement. Cela ne signifie pas pour autant que l'accord prévoit l'absence de collaboration avec d'autres distributeurs.

La requérante considère les circonstances suivantes comme étant pertinentes dans la présente affaire :

- 1) la procédure relative à l'enregistrement des clients et à l'octroi de la priorité s'applique indistinctement à tous les distributeurs ;
- 2) les distributeurs sont sélectionnés sur la base de critères de qualité objectifs ;
- 3) la requérante n'a pas de lien direct avec les clients du distributeur dans le cadre du processus de vente, mais peut l'avoir après la vente de la licence ;
- 4) il convient de tenir compte des spécificités du produit ainsi que de la capacité technique objective et de l'expérience du fabricant garantissant la qualité de l'offre du distributeur ;
- 5) la qualité du processus de vente du produit influe, dans une large mesure, sur l'opinion du consommateur quant à la qualité du produit, créant ainsi un risque pour la réputation du produit et pour celle de la requérante ;
- 6) la requérante a traité tous les distributeurs de manière égale, imposant les mêmes conditions de vente à tous ses distributeurs agréés.

Compte tenu des éléments précédemment évoqués, la requérante considère que la clause 4.1 du contrat poursuit un objectif légitime.

8.10 Les conclusions de la Cour de justice dans son arrêt rendu le 16 septembre 2008 dans l'affaire C-468/06, *Sot. Lélos kai Sia e.a.* (EU:C:2008:504), auxquelles se réfère la requérante, concernent le droit d'une entreprise détenant une position dominante d'adopter un comportement conduisant à un partage de marché. La répartition du marché résultant d'une entente et celle résultant d'un abus de position dominante doivent être appréciées de manière égale du point de vue de l'interdiction prévue à cet égard. Par conséquent, la conclusion de la Cour de justice relative à la légalité du comportement d'une entreprise occupant une position dominante qui entraîne un partage de marché est [également] transposable à l'appréciation de la légalité du comportement des parties à une entente.

8.11 Même si l'adaptation du logiciel à un client donné intervient après la conclusion du contrat, l'évaluation de l'adaptabilité du logiciel et d'autres solutions techniques [Or. 19] intervient au cours de l'élaboration de l'offre avant la conclusion du contrat. L'affirmation selon laquelle la période au cours de laquelle le distributeur présente encore les avantages du logiciel de comptabilité et propose un prix déterminée est antérieure au moment auquel le distributeur commence à travailler avec le client ne correspond pas à la réalité du processus de vente [habituel]. L'allégation selon laquelle, au moment de la présentation, le distributeur n'avait pas encore investi beaucoup de temps et de ressources individuelles dans l'adaptation et la conversion du logiciel de comptabilité conformément aux exigences du client est également dénuée de fondement.

8.12 Si la Cour de justice a examiné les conditions de partage de marché dans le cadre d'un système de distribution sélective fondé sur la distribution de produits

de luxe, il n'en demeure pas moins que ses conclusions sur la légalité des conditions de partage de marché s'appliquent à tous les systèmes de distribution légalement justifiés (sélectifs et exclusifs).

8.13 Les distributeurs sont en concurrence les uns avec les autres jusqu'à et après l'enregistrement du client, mais ne reçoivent pas le même niveau de soutien de la part de la requérante car il est fourni selon le principe « premier arrivé, premier servi ». La concurrence entre les distributeurs se poursuit même après la vente de la licence, le service de maintenance pouvant être nécessaire après la vente de la licence et l'installation du logiciel.

8.14 La conclusion de l'autorité de la concurrence selon laquelle la requérante a imposé des sanctions indirectes pour non-respect des termes de l'accord litigieux repose sur la [prétendue] pratique de la requérante par laquelle celle-ci empêche les autres distributeurs de proposer une meilleure offre que le distributeur ayant réservé un client [potentiel]. Cette affirmation de l'autorité de la concurrence n'est étayée par aucun élément de preuve.

En effet, la correspondance électronique en cause ne démontre pas que la requérante n'offrirait pas la même remise au client si un autre distributeur lui présentait également une demande en ce sens.

L'autorité de la concurrence n'a constaté aucun échange d'informations entre la requérante et ses distributeurs sur les prix de consultation pratiqués. La présomption de responsabilité n'est pas acceptable.

8.15 La conclusion de l'autorité de la concurrence selon laquelle le distributeur qui ne suivait pas les règles communes éprouvait des difficultés à poursuivre la collaboration avec ses clients repose sur des courriers électroniques dans lesquels le distributeur indiquait craindre que la requérante ne lui conseille de se « débrouiller » seul. La requérante fait valoir que ce courrier du distributeur comporte une hypothèse quant aux mesures susceptibles d'être mises en œuvre. Toutefois, rien dans la correspondance n'indique que la requérante a promis ou laissé entendre qu'elle avait l'intention d'appliquer ou qu'elle avait appliqué une telle sanction.

Si la remarque en question figurant dans le courrier électronique reçu par la requérante a été faite par un distributeur, il n'en demeure pas moins qu'elle devrait être appréciée dans le contexte de la situation particulière, ce qui n'a pas été le cas.

Si un distributeur promettait aux clients des solutions techniques qui ne sont pas assurées par le logiciel, la requérante ne serait objectivement pas en mesure de conseiller et d'assurer l'exécution de la promesse. [Or. 20]

- 9 Par arrêt du 13 septembre 2018, l'Administratīvā apgabaltiesa (Cour administrative régionale) a rejeté le recours en déclarant la décision légale et fondée.

La requérante a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

- 10 Par arrêt du 26 novembre 2019, la Cour suprême a annulé l'arrêt de l'Administratīvā apgabaltiesa (Cour administrative régionale) [ci-après la « Cour régionale »] [OMISSIS] du 13 septembre 2018 sur la base des considérations suivantes.

10.1 Dans la présente affaire, il y a lieu d'apprécier le contexte juridique et économique de l'accord. La Cour régionale n'a pas procédé à une appréciation objective des faits de l'affaire et n'a pas voulu d'en connaître. Les arguments de la requérante concernant la nature de l'accord [ainsi que] son contexte juridique et économique n'ont pas été correctement appréciés à la lumière des preuves de sa mise en œuvre effective.

10.2 Après avoir apprécié l'importance de l'insertion dans le contrat des termes « à moins que l'utilisateur final ne s'y oppose », la Cour régionale a, en principe, écarté l'importance de cette clause en arguant de son caractère formel, le consommateur final n'ayant pas lui-même connaissance de l'accord de répartition de la clientèle. Selon la Cour régionale, la constatation d'une entente ne saurait dépendre du comportement des clients, [sauf] dans le cas des [accords horizontaux] où l'existence d'une entente ne peut être constatée que si les clients achètent des produits au prix collusoire concerné. La Cour suprême n'a pas souscrit à ce raisonnement.

10.3 La teneur et la nature de l'accord sont établies par des éléments de preuve. La nature, la portée [et] les limites de l'accord apparaissent dans les modalités de sa mise en œuvre envisagées par les parties à l'entente, et cela englobe également la manière dont les éventuelles objections des clients seront perçues et affecteront la marge de manœuvre du vendeur. En outre, il importe peu que le client ait connaissance de l'existence d'une telle stipulation ou du contenu de l'accord de manière générale. En revanche, ce qui importe, c'est de savoir comment les vendeurs devraient agir dans le cadre du processus de vente si de telles objections étaient reçues. Ce point peut être clarifié compte tenu à la fois du libellé de l'accord et de sa mise en œuvre. La nécessité d'apprécier la stipulation en cause comme reflétant le contenu de l'accord ne saurait être assimilée à la preuve de sa mise en œuvre effective comme condition préalable à la constatation d'une infraction. Il est nécessaire d'apprécier le contenu de l'accord à la fois à la lumière de son libellé et des preuves apportées par les deux parties à la procédure qui sont susceptibles d'indiquer la véritable nature de l'accord.

II

Le droit applicable

- 11 L'article 2 de la loi sur la concurrence prévoit que l'objectif de la présente loi est de préserver, de maintenir et de développer une concurrence libre, loyale et égale dans l'intérêt général dans tous les secteurs économiques en limitant la concentration du marché, en imposant l'arrêt des activités interdites par les

dispositions réglementaires régissant la concurrence [Or. 21] et en poursuivant les contrevenants conformément aux procédures prévues par les dispositions réglementaires.

L'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence prévoit que sont interdits et nuls dès leur conclusion les accords entre opérateurs ayant pour objet ou pour effet d'entraver, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le territoire de la Lettonie, y compris les accords relatifs :

- 1) à la fixation directe ou indirecte des prix ou des tarifs quelle qu'en soit la forme ou aux dispositions relatives à leur formation ainsi qu'à l'échange d'informations relatives aux prix ou conditions de vente ;
- 2) à la limitation ou au contrôle du volume de la production ou des ventes, des marchés, du développement technologique ou des investissements ;
- 3) à la répartition des marchés en fonction d'un territoire, des clients, des fournisseurs ou d'autres conditions ;
- 4) aux dispositions qui subordonnent la conclusion, la modification ou la résiliation d'une transaction effectuée avec un tiers à l'acceptation par ce tiers d'obligations qui, selon les usages commerciaux, ne s'appliquent pas à la transaction en cause ;
- 5) à la participation ou à l'absence de participation à des appels d'offres ou à des adjudications ou à des dispositions portant sur de telles actions (abstentions) à moins que les concurrents aient publiquement annoncé leur offre commune et qu'une telle offre n'ait pas pour objet d'entraver, de restreindre ou de fausser la concurrence ;
- 6) à l'application de conditions différentes à des transactions équivalentes avec des tiers, créant pour ces tiers des conditions défavorables en termes de concurrence ; et
- 7) à des actes (ou à une abstention) obligeant un autre opérateur à abandonner un marché déterminé ou entravant l'arrivée d'un autre opérateur potentiel sur un marché déterminé.

L'article 11, paragraphe 2, de cette même loi admet en revanche la validité des accords permettant l'amélioration de la production ou de la vente de biens ou bien le progrès économique et qui profitent par conséquent aux consommateurs, et l'interdiction prévue au paragraphe 1 ne s'y applique pas pour autant que de tels accords n'imposent pas aux opérateurs concernés des restrictions qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs précités et qu'ils ne permettent pas d'éliminer la concurrence d'une partie substantielle du marché pertinent.

L'article 11, paragraphe 3, de ladite loi prévoit que les opérateurs ont le droit de soumettre à l'autorité de la concurrence des informations relatives à un accord et

que cette dernière est habilitée à autoriser l'accord notifié s'il satisfait aux critères selon lesquels certains accords entre opérateurs ne sont pas soumis aux interdictions visées au paragraphe 1 précité ou s'il est conforme au paragraphe 2, précité.

L'article 11, paragraphe 4, prévoit que le Ministru kabinet (conseil des ministres) détermine les accords entre opérateurs qui ne portent pas substantiellement atteinte à la concurrence ainsi que les critères selon lesquels des accords entre opérateurs ne sont pas soumis aux interdictions visées au paragraphe 1. **[Or. 22]**

L'article 1^{er}, point 11, de la loi sur la concurrence prévoit qu'un accord consiste en un contrat entre deux opérateurs ou plus ou en des pratiques concertées auxquelles prennent part des opérateurs ainsi qu'en une décision prise par un groupe enregistré ou non (association, union, etc.) d'opérateurs ou son représentant.

- 12 L'article 11, paragraphe 4, de la loi sur la concurrence a servi de base à l'adoption du décret n° 797 qui s'applique à certains types d'accords verticaux et prévoit des exemptions à cet égard.

III

Motifs des questions préjudicielles

- 13 Il est constant que l'accord conclu dans la présente affaire n'est pas de nature à affecter les échanges entre États membres. Partant, le présent litige doit être résolu par l'application du droit letton, à savoir la loi sur la concurrence et le décret du conseil des ministres adopté sur la base de celle-ci. Cependant, les considérations énoncées ci-après amènent la juridiction de renvoi à présenter à la Cour de justice une demande de décision préjudicielle sur l'interprétation des dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatives aux ententes.

La Cour s'est déclarée compétente pour statuer sur les demandes préjudicielles portant sur des dispositions du droit de l'Union dans des situations dans lesquelles les faits au principal se situaient en dehors du champ d'application directe du droit de l'Union, mais dans lesquelles lesdites dispositions avaient été rendues applicables par la législation nationale, laquelle se conformait, pour les solutions apportées à des situations purement internes, à celles retenues par le droit de l'Union. En effet, dans de tels cas, il existe un intérêt certain de l'Union à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit de l'Union reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer (voir arrêt du 14 mars 2013, Allianz Hungária Biztosító e.a., C-3[2]/11, EU:C:2013:160, point 20, et la jurisprudence citée).

- 14 La Cour suprême a fait valoir que, en ce qui concerne les effets probables des accords sur la concurrence, l'article 101, paragraphe 1, TFUE et l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence établissaient le même cadre juridique. Cela signifie que l'application de l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la

concurrence ne devrait pas être différente de celle de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Il est essentiel d'éviter que soient admis en Lettonie des critères d'appréciation différents pour constater l'existence d'accords verticaux interdits. Une intervention excessive de l'autorité de la concurrence sur le marché ou une surveillance insuffisante peuvent l'une comme l'autre s'avérer négatives pour le fonctionnement d'une concurrence libre, juste et équitable [Or. 23] ainsi que pour le développement de l'économie nationale. La sécurité juridique que procurerait une pratique institutionnelle et juridictionnelle prévisible serait conforme aux principes généraux du droit aussi bien de Lettonie que de l'Union européenne.

En outre, une approche fondamentalement différente quant à la définition des infractions au droit de la concurrence peut être source de telles différences entre les États membres qu'elles entravent le fonctionnement du marché intérieur, qui est l'un des objectifs du droit de l'Union [voir décision de renvoi de la Cour suprême du 11 juillet 2014 dans l'affaire n° SKA-121/2014 (Maxima Latvija, C-345/14), points 8 à 13).

- 15 Dans la présente affaire, il importe de déterminer si, dans le cas d'un accord tel que celui en cause au principal, la nature de l'accord [qui prévoit que, dans le cas de transactions potentielles enregistrées, le distributeur qui a été le premier à enregistrer la transaction se voit accorder la priorité pour la réalisation du processus de vente avec l'utilisateur final concerné, à moins que ce dernier ne s'y oppose. Cet avantage est maintenu pendant 6 (six) mois à compter de l'enregistrement de la transaction potentielle] suffit à elle seule pour conclure qu'il s'agit d'un accord ayant objectivement pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.
- 16 En définitive, l'Administratīvā apgabaltiesa (Cour administrative régionale) constate qu'il existe une base légale [OMISSIS] pour poser des questions préjudicielles à la Cour de justice.

[OMISSIS] [aspects procéduraux]

En vertu de l'article 267 TFUE [OMISSIS] [dispositions procédurales nationales] l'Administratīvā apgabaltiesa (Cour administrative régionale, Lettonie)

décide

1. de poser à la Cour de justice les questions préjudicielles suivantes :

1) Selon une interprétation correcte du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'accord entre un fabricant et plusieurs distributeurs en cause dans la présente affaire [en vertu duquel le distributeur qui a été le premier à enregistrer une transaction potentielle bénéficie d'une priorité pour la réalisation du processus de vente avec l'utilisateur final concerné pendant (6) six mois à compter de cet enregistrement, à moins que l'utilisateur final ne s'y oppose] peut-il être considéré comme un accord entre entreprises ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou

de fausser le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du [TFUE] ? [Or. 24]

2) L'accord entre un fabricant et plusieurs distributeurs en cause dans la présente affaire, interprété conformément aux dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, contient-il des éléments indiquant qu'un tel accord n'est pas exempté de l'interdiction générale des ententes ?

3) L'accord entre un fabricant et plusieurs distributeurs en cause dans la présente affaire, interprété conformément aux dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, peut-il être considéré comme constituant une exception ? L'exception permettant la conclusion d'accords verticaux qui restreignent les ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur et que la part de marché du fournisseur (de la requérante) ne dépasse pas 30 %, s'applique-t-elle uniquement aux systèmes de distribution exclusive ?

4) L'accord entre un fabricant et plusieurs distributeurs en cause dans la présente affaire, interprété conformément aux dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, peut-il être considéré comme un élément constitutif de l'infraction uniquement sur la base du comportement illégal d'un seul opérateur économique ? Les circonstances de la présente affaire, interprétées conformément aux dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permettent-elles d'établir qu'un seul opérateur a pris part à l'entente ?

5) Les circonstances de la présente affaire, interprétées conformément aux dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, permettent-elles d'établir l'existence d'une restriction (distorsion) de concurrence au sein du système de distribution, d'un avantage au profit de la requérante ou d'un effet négatif sur la concurrence ?

6) Les circonstances de la présente affaire, interprétées conformément aux dispositions du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, si la part de marché du réseau de distribution ne dépasse pas 30 % (la requérante est un producteur, de sorte que sa part de marché inclut également les volumes de vente de ses distributeurs), permettent-elles d'établir l'existence d'effets négatifs sur la concurrence au sein du système de distribution et/ou en dehors de ce système, et cet accord est-il soumis à l'interdiction des ententes ?

7) Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et à l'article 2 du règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, en lien avec son article 4, sous b),

- l'exemption s'applique-t-elle à un système de distribution dans lequel
 - i) le distributeur (revendeur) choisit lui-même le client potentiel avec lequel il collaborera ; ii) le fournisseur n'a pas préalablement identifié, sur la base de critères objectifs, clairement connus et vérifiables, un

groupe spécifique de clients auxquels chaque distributeur fournira ses services ; iii) le fournisseur, à la demande du distributeur (revendeur), fait une réservation de clients potentiels pour ce distributeur ; iv) les autres distributeurs ne connaissent pas ou ne sont pas informés à l'avance de la réservation du client potentiel ; dans lequel v) le seul critère pour réserver un client potentiel et, partant, pour déterminer le système de distribution exclusive en faveur d'un distributeur particulier [Or. 25] est la demande de ce distributeur et non la décision du fournisseur ; ou dans lequel vi) la réservation demeure en vigueur pendant 6 (six) mois à compter de l'enregistrement de la transaction potentielle (après quoi la distribution cesse d'être exclusive) ?

- Peut-on constater que les ventes passives ne sont pas limitées lorsque l'accord entre le fournisseur et le distributeur comporte une clause prévoyant que l'acheteur (utilisateur final) peut s'opposer à sa réservation, mais que cet acheteur n'a pas été informé de la clause en question ? Le comportement de l'acheteur (utilisateur final) peut-il influencer (justifier) les termes de l'accord conclu entre le fournisseur et le distributeur ?

2. de suspendre la procédure jusqu'à ce que la Cour ait statué.

[OMISSIS][mention relative à l'absence de voie de recours]

[OMISSIS] [signatures, formalités]